Ausführung mit Spangenberg entgegnen, daß diese Provocation die grundlose Erfindung einiger Proceßlehrer sey, welche bei den wenigsten Gerichten Eingang gefunden habe: denn dieser Behauptung widerspricht die Dogmengeschichte und das laute, fast einstimmige Zeugniß des Gerichtsgebrauchs [69].

IX.

Ueber die exceptio non adimpleti contractus und das Retentionsrecht bei gegenseitigen Verträgen.

Von Herrn Dr. Schenck, Stadtrichter in Jena.

(Beschluß des Aufsatzes im Band XVII. No. 4.)

§. 12.

Wirkung des Erbietens zur Gegenleistung.

Den in §. 5. oben entwickelten Grundsätzen scheint die l. 13. §. 8. D. cit. 19, 5. verbis: „offerri pretium ab emtore debet" zu widersprechen. Dieser Widerspruch ist jedoch nur scheinbar. Denn will man auch den Ausdruck „offerri" nicht, wie z. B. in l. 1. §. 4. D. de pign. 20, 1. l. 5. pr. D. 20, 5. l. 22. Cod. 8, 14. l. 5. Cod. qui potior 8, 38. u. a. m. vom Hingeben, Herauszahlen verstehen, so muß er doch nach dem Inhalte des eine Vorleistung, also eine wirkliche Leistung, verlangenden Vertrages, ebenso wie in l. 72. pr. §. 3. D. de solut. 46, 3. und l, 9. §. 5. D. de pign. act. 13, 7. mindestens von dem Falle der mora

---

69) s. meine Abhandlung a. a. O. S. 317 u. fg., besonders die S. 335. Note 50. angeführten Schriftsteller.

accipiendi auf Seiten des Verkäufers verstanden werden. In einem solchen Falle genügt es nach §. 5. zur Begründung der actio emti allerdings, das Kaufgeld dem Verkäufer nur angeboten zu haben.

§. 13.

Vergleichung der Ergebnisse des Cap. II. mit denen des Cap. I.

Aus §. 8 — 12. wird es deutlich geworden seyn, daß die §. 8. citirten Gesetze an den im Cap. I. §. 7. zusammengestellten Grundsätzen über die exc. non adimpl. contr. und die Qualification der Executionsklage aus zweiseitigen Verträgen gar nichts geändert haben, daß mithin die Bejahung der Frage: „ob und wenn die Erfüllung des Vertrages von Seiten des Klägers zum Klaggrunde gehöre, und darum im Executivprocesse von dem Kläger als geschehen sofort bei der Klage documentirt werden müsse?" davon abhängt, entweder, ob dem Vertrage zufolge der Kläger die Vorleistungspflicht hat, oder ob der Art des Vertrages nach die beiderseitigen Leistungen einander *vice versa* bedingen.

Abschnitt II.

Ueber das Retentionsrecht bei zweiseitigen Verträgen.

§. 14.

Stellung der Streitfrage.

Glaube ich in dem Bisherigen gezeigt zu haben, in wie fern bei Bilateralcontracten die Erfüllung der Vertragspflichten auf Seiten des Klägers zum Klaggrunde gehöre, und in wiefern nicht, in wiefern also die Leistungspflicht des einen Contrahenten bedingt erscheine, und in wiefern nicht; glaube ich ferner als Folge hieraus entwickelt zu haben, daß die besprochene Einrede des nicht erfüllten Vertrages lediglich

nur eine Litiscontestation bilde, und obendrein nur bei gewissen Gattungen zweiseitiger Verträge vorkommen könne, so habe ich zu der Untersuchung der mich in diesem Abschnitte beschäftigenden Frage:

in wiefern und unter welchen Umständen bildet die klägerische Nichterfüllung des Vertrages die *exceptio retentionis?*

die Grundlage gewonnen. Ich muß dieser Frage um so mehr noch eine besondere Betrachtung widmen, als Herr Heerwart l. l. zur Begründung seiner Cap. I. §. 1. referirten Ansicht auf die Behauptung sich bezogen hat, die Nichterfüllung des Vertrages von Seiten des Klägers berechtige zu der Einrede des Retentionsrechtes, welches wegen nicht erfüllter Gegenleistung für eine Sache, die man herausgeben solle, gesetzlich zustehe.

Es fällt mir nicht ein, gegen die gesetzliche Begründung des Rechtssatzes, daß wegen nicht erfüllter Gegenleistung für eine Sache, die man herausgeben solle, dem auf Herausgabe belangten Beklagten das Recht gebühre, die Sache so lange zu retiniren, bis jene Gegenleistung erfolgt sey, Zweifel zu erheben. Wenn man aber auf den Grund dieser Lehre sich zu der Meinung berechtigt glaubt [25], bei allen zweiseitigen Verträgen liefere die Nichterfüllung der dem Kläger obliegenden Leistungspflicht dem Verklagten indistincte das Recht zu der *exceptio* retentionis, so kann ich dieser Meinung nicht beitreten. Ich schreite demnach zu der:

---

25) Wie es zu thun scheinen: Berger oecon. jur. L. III. Tit V. §. 16. not. 1. Lauterbach comp. jur. Lib. 19. tit. 1. edit. Schütz. p. 392. Thibaut Syst. §. 169. col. §. 311. Glück Com. Bd. 17. S. 227 sq. col. Bd. 15. S. 130. Schweppe l. l. §. 183. d. v. Wening-Ingenheim l. l. III B. §. 33. col. I. §. 169. not. i. und III. Bd §. 84.

A.
Widerlegung der Meinung, daß bei zweiseitigen Verträgen die klägerische Nichterfüllung des Vertrages allein schon das Retentionsrecht begründe.

§. 15.
1. Aus allgemeinen Grundsätzen über Verträge, Einlassung und Einrede.

Eine Hauptstütze dieser Meinung beruht auf dem im Abschnitte I. als unrichtig dargestellten Satze, daß bei allen Bilateralcontracten die Leistung des einen Contrahenten durch die des andern bedingt sey; daher

a) die Ausführungen im Abschnitte I. jene Meinung schon sehr bedenklich gemacht haben, weil nach ihnen nur dann noch von dem fraglichen Retentionsrechte gesprochen werden könnte, wenn es sich von Vertragsfällen der Class. B. u. C. (der letztern jedoch obendrein nur, sobald der Kläger der zur Vorleistung Verbundene ist) handeln würde. Gesetzt aber auch, jener Satz der gegenseitigen Bedingtheit der Gegenleistungen sey richtig, so würde hieraus doch immer mehr nicht folgen, als daß, weil dann die klägerische Erfüllung bei Bilateralcontracten überall nur zum Klaggrunde zu rechnen seyn würde, die Rüge der Nichterfüllung des Vertrages ebenfalls überall nur eine Litiscontestation ausmachen könnte, die begreiflich eine exceptio nicht bildet, also ein wahrhaftes jus retentionis gar nicht erzeugt, sondern das Klagrecht als an sich unbegründet bestreitet [26].

Dieses gilt jedenfalls von den Verträgen der Class. B. und C., bei denen und resp. in soweit bei ihnen die Bedingtheit der Klagforderung von der Gegenleistung des Klägers sich findet. Hierzu tritt:

---

26) cf. Schweppe l. l. §. 183. d. S. 405.

b) Sollte die Meinung, welche lediglich aus der Nichterfüllung des Vertrages bei allen Bilateralcontracten die exceptio retentionis ableitet, die richtige seyn, so würde diese exceptio jene Willensfreiheit der Contrahenten, durch welche ich zu den im §. 2. bis 8. dieser Abhandlung entwickelten Sätzen genöthigt wurde, nicht minder beschränken, als wenn man die klägerische Vertragserfüllung überall zu dem Klaggrunde bei zweiseitigen Verträgen erhebt; denn in der Wirkung ist es doch unverkennbar gleich, ob ich in Folge einer verneinenden Einlassung oder einer Einrede von der Erreichung des Zweckes meiner Klage entfernt werde. Nehme ich die Wirkung der Heerwartschen Lehre auf die Anstellung der Executivklage aus, so würde diese Lehre, wenn auch die unbedingte Klagbarkeit der Forderung vertheidigend, dennoch in effectu der gegentheiligen Meinung, die Forderung sey wegen nichterfüllter Gegenleistung nicht klagbar, ganz gleichstehen. Was hilft dem Kläger die Klagbarkeit der Forderung, wenn jene lediglich aus den ursprünglichen Vertragsverhältnissen abgeleitete exceptio retentionis der Klage die Wirkungen wieder entzieht?

c) Die Richtigkeit der Meinung qu. würde die Wirkungen der Vor- und Nachleistungspflicht der Contrahenten ganz aufheben, z. B. dem Rechte des Verkäufers, früher nicht zu tradiren, als bis er volle Zahlung empfangen habe, völlig zuwiderlaufen und dieses Recht nicht etwa blos hinausschieben, sondern durchaus vernichten, folglich gegen die Vorschrift in l. 43. D. de pactis 2, 14. und l. 11. §. D. 19, 1. „id praestare, quod inter contrahentes actum est“, die lex contractus, den Inhalt des mutuus consensus ganz verändern, indem sie dem Vertrage zuwider den Verkäufer nöthigte, vorerst zu tradiren, ehe er Zahlung begehren könnte.

d) Ist meine Ausführung richtig, daß die Zahlung des Kaufpreises die Bedingung für die Pflicht der Tradition des Kaufobjectes sey, so ist auch

arg. l. 7. pr. D. de compens. 16, 2. und
l. 16. §. 1. D. eod.
Schweppe l. l. S. 406.

das Recht des Käufers zur Retention des Kaufpreises bis nach erfolgter Tradition des Kaufobjectes nicht begründet, weil wegen noch bedingter, noch nicht gefälliger Gegenansprüche das Retentionsrecht nicht zusteht, woraus die Unzuständigkeit dieses Rechtes in allen denen Fällen folgt, in welchen es sich von der Retention der Vorleistung wegen noch nicht erfolgter Nachleistung handeln will.

§. 16.

2. Aus den dafür angezogenen Gesetzen.

Die für das Retentionsrecht wegen nicht erfüllter Gegenleistung für eine Sache, die man herausgeben solle, angezogenen Gesetze sind:

l. 28. §. 4. D. de cond. ind. 12, 6. und
l. 13. §. 8. D. cit. 19, 1.

Allein beide Gesetzesstellen können für die Meinung qu. als Belege nicht citirt werden. Die l. 26, §. 4. cit. hat einen Fall zweiseitiger Verträge gar nicht vor Augen, sondern spricht von dem Verhältnisse der mit der condictio indebiti aufzuhebenden datio in solutum wegen zu viel hingegebenen Werthes, folglich von einem Verhältnisse, wo die Pflicht zur Gegenleistung aus einem Quasicontracte, mithin aus etwas ganz anderem entstand, als dem mutuus consensus eines Bilateralcontractes. Man muß nicht vergessen, daß nicht jede Pflicht zur Gegenleistung auf einem Bilateralcontracte und insbesondere auf der ursprünglichen Vereinbarung bei demselben beruhe; man erinnere sich der Gegenleistungen, welche der sein Eigenthum vindicirende Kläger dem redlichen Besitzer unter Umständen schuldet, oder welche mit der actio contraria bei einseitigen Verträgen verfolgt

werden [27]), oder welche aus Quasicontracten entstehen. Daß aus Grundsätzen über solche Gegenleistungen kein Schluß auf die Verhältnisse rücksichtlich der Gegenleistungen bei zweiseitigen Verträgen zu machen sey, daß mithin, was dort gelte, hierher analog nicht passe, leuchtet ein, sobald man erwägt, wie nur der mutuus consensus, welcher dort ganz fehlt, oder doch ganz anders, als bei Bilateralverträgen, geartet ist, den Inhalt und die Folgen der Verträge bestimmt. Wenn die Verhältnisse, welche der mutuus consensus bei Bilateralverträgen erzeugt, durch die Classification in §. 2. erschöpft sind, und in ihrem Wesen die exceptio retentionis unserer jetzigen Betrachtung ausschließen — siehe §. 15. lit. a. b. u. c. —, so ist es eben Folge des mutuus consensus, der seine Regel aus Gesetzen über Quasicontracte nicht empfängt, daß das Retentionsrecht qu. bei Bilateralcontracten nicht statt finde.

Die l. 13. §. 8. cit. redet von einem eigentlichen Retentionsrechte gar nicht, da sie nur lehrt, daß der Verkäufer das Kaufobject vor dem Zahlungsempfange zu tradiren nicht verbunden sey, daß also — wie wir oben §. 8 — 10. entwickelten — der Käufer durch Zahlung die Vorleistung zu machen habe, ehe der Verkäufer zu leisten brauche. Die l. 13. §. 8. behandelt ein Recht, welches nur zu der Ableugnung einer zu dem Klaggrunde gehörigen Thatsache, nicht aber zu einer Einrede, mithin auch nicht zu der exceptio retentionis führen kann. Siehe §. 15. sub lit. a. Wenn die Rechts-

27) Die Meinung, welche zwischen contractus bilaterales aequales und inaequales unterscheidet und unter den letztern diejenigen Verträge versteht, die anfangs nur Einen Theil verpflichten, aber eine später zufällig entstehende, mit der actio contraria verfolgbare, Verpflichtung des andern Theiles nicht ausschließen — Glück Com Bd. 4. S. 287. 288 — ist unrichtig. Die Verbindlichkeiten bei Bilateralverträgen werden gegenseitig mit der actio directa verfolgt. Thibaut Syst. §. 170.

lehrer die l. 13. §. 8. von dem eigentlichen Retentionsrechte verstehen, so haben sie meiner Ueberzeugung nach sehr Unrecht. Was ich darum nicht schulde, weil der Gegner noch kein Recht zu der Forderung hat, retinire ich nicht, indem ich wahrhaft nur retinire, was ich wirklich schon schuldig bin. cf. Faselius vom Retentionsrechte §. 5. Not. a. Wo nun die klägerische Erfüllung zu dem Klaggrunde gehört, existirt ja, so lange sie nicht geschah, noch gar keine Schuld des Verklagten. Das Wort „retinere" ist in lex 13. §. 8. cit. wie auch in l. 22. D. de her. vend. 1, 31. §. 8. D. 21, 1. l. 14. §. 1. D. 47, 2. keinesweges in dem Sinne der eigentlichen exceptio retentionis, sondern für: „zur Herausgabe nicht pflichtig seyn" — „im Besitze behalten dürfen" zu verstehen, wie sich aus der Vergleichung der Rückhaltung der res vendita mit dem Faustpfande, welches der Gläubiger nur jure pignoris, keinesweges jure retentionis bis zur Befriedigung der Pfandschuld herauszugeben nicht schuldig ist, ergiebt [28]). Daß das Wort retinere in den Gesetzen auch

---

28) Mir will es bedünken, daß die Lehre über das Retentionsrecht an Klarheit und Individualität sehr gewinnen würde, wenn Verhältnisse, in denen das Recht zur Rückhaltung einer Sache in dem Wesen eines besondern Vertrages, welcher nicht ausschließlich auf die Constituirung eines Retentionsrechtes ging, begründet ist, von der Lehre über das Retentionsrecht ganz ausgeschieden würden. Ist z. B. der Miether nicht verbunden, die ihm zum Gebrauch vermiethete Sache vor dem contractlichen Ende der Miethzeit herauszugeben, so befindet sich sein Recht zur Rückhaltung der Sache in der That nicht anders qualificirt, als das Recht des Faustpfandgläubigers, das Pfand bis zur Bezahlung an sich zu behalten. Beide, der Miether und Pfandgläubiger, retiniren jure contractus, keinesweges jure exceptionis doli seu retentionis. Ich kann es daher nicht billigen, wenn man das Rückhaltungsrecht des Pfandgläubigers bis zur Zahlung der Pfandschuld unter den Fällen der Zuständigkeit des Retentionsrechtes aufzählt, wie Faselius vom Retentionsrechte §. 20. und Andere thun. cf. auch Glück Com. Bd. 15. S. 123.

gebraucht wird in seiner gewöhnlichen Bedeutung von „Zurückhalten", ohne Beziehung auf das eigentliche Retentionsrecht, zeigen: l. 1. und 3. D. 43, 29. l. 8. §. 1. D. ad leg. aquil. l. 16. §. 1. Cod. de usufructu 3, 33. l. 25. §. 1. D. de aquirenda v. am. poss. 41, 2., so wie es auch ohne dieselbe Beziehung in dem Sinne von „herauszugeben nicht pflichtig seyn" vorkommt in l. 25. D. 20, 1. l. 21. 38. Cod. 2, 4. l. 14. l. 93. D. 35, 2. Gajus Lib. II. §. 254. epit. Gaji L. II. tit. 7. pr.

B.

Entwickelung, unter welchen Umständen die klägerische Nichterfüllung des Vertrages das jus retentionis begründet.

§. 17.

Folgt nun aus §. 16., daß die dort beurtheilten Gesetze das Retentionsrecht unserer Betrachtung nicht begründen, so kann ich auch in Berücksichtigung des für das Retentionsrecht unentbehrlichen Requisites der Existenz eines dasselbe gestattenden Gesetzes [29]) die Behauptung wagen, die Nichterfüllung des Vertrages von Seiten des Klägers berechtige bei Bilateralcontracten für sich allein schon zu dem Rechte, die klagend eingeforderte Gegenleistung im Sinne des eigentlichen Retentionsrechtes zu retiniren, noch keinesweges; denn es giebt kein Gesetz, welches einem solchen Retentionsrechte das Wort redet. Wenn die Gesetze bei zweiseitigen Verträgen dem Verklagten das jus retentionis seiner Gegenleistung gestatten, so ist immer zu den ursprünglichen Vertragsverhältnissen etwas von ihnen Verschiedenes hinzugekommen, worin allein nur die Quelle und Befugniß zu dem jus retentionis zu finden ist. Dieses hin-

29) Glück Com. Bd 15. S. 122. §. 937. I. Faselius vom Retentionsrechte §. 11.

zugetretene Verhältniß muß von der Art seyn, daß aus ihm eine eigentliche Einrede erwuchs, welches dem an sich begründeten Klagrechte hemmend in den Weg tritt. Dabei ist es jedoch erforderlich, daß diese Einrede, soll sie die bekanntlich nur verzögerliche Einrede der Retention seyn, das Klagrecht nicht aufheben, sondern seine Wirkungen bis zu einem gewissen Ereignisse nur verzögern müsse. In dieser Weise als exceptio retentionis finden wir die exceptio implementi in l. 25. D. 19, 1., wo bis zur Beseitigung der Störung bei der lectio uvarum das Klagrecht des Verkäufers suspendirt bleibt; ferner in der l. 5. Cod. 8. 45,, nach welcher dieses Klagrecht ebenfalls bis zur Befreiung des Grundstückes von der verschwiegenen Last ruht. Die von dem dolus reticentiae geborene Einrede kann begreiflich als auf Befreiung des Grundstückes von der Last hinwirkende Einrede nur die exceptio retentionis seyn [30].

Die l. 5. §. 4. D. 44, 4. und l. 41. D. 19, 1. dagegen haben peremtorische Einreden zum Gegenstande, da sie den Kaufvertrag ganz oder doch wenigstens in quantum oneris vernichten. Auch die l. 25. D. 19. 1. würde dann von einer peremtorischen Einrede zu verstehen seyn, wenn die Störung bei der Weinlese nur durch Schadensersatz, etwa Minderung oder völlige Compensation des Schadens mit dem Kaufgelde zu beseitigen seyn sollte, was jedoch nicht nothwendig die Folge der Störung gewesen zu seyn braucht. Hierher ist auch die l. 30. pr. D. 19, 1. zu beziehen; auch

30) Wirft man den Accent dabei nicht auf die reticentia, sondern hat blos die unterlassene Vorleistung des Verkäufers — siehe oben §. 9. u. not. 24. — im Blicke, dann wird es sich bei l. 5. Cod. cit. auch nicht um ein eigentliches jus retentionis, sondern nur um die Bestreitung des Klagrechtes wegen nicht vorhandenen Klaggrundes handeln. Allein gerade, weil das Benehmen des Verkäufers nach §. 9. u. not. 24. eine Einrede gebar, tritt, was sonst nur als Rüge gegen den Klaggrund gegolten haben würde, nunmehr als Einrede mit der Wirkung der exc. retentionis hervor.

sie muß arg. l. 5. D. 25, 1. mindestens in dem Falle, als vom eigentlichen Retentionsrechte sprechend, verstanden werden, wenn die Gegenstände des peculii eine Compensation mit dem Werthe der gestohlenen Sachen nicht zulassen. Glück Com. Bd. 15. §. 930. S. 72. Denn dann darf der Verkäufer so lange mindestens retiniren, bis ihm der Werth der Sachen ersetzt wurde.

Daß nun das Retentionsrecht, für welches die leg. 25. 30 pr. D. 19, 1. und l. 5. Cod. 8, 46. bei Bilateralverträgen gesetzliche Belege bilden, ein anderes sey, als dasjenige, welches lediglich aus der klägerischen Nichterfüllung des Vertrages entspringen soll, ist einleuchtend und den entwickelten Grundsätzen über die exceptio non impleti contractus entsprechend, da es nicht, wie diese exceptio non impleti contractus, aus den ursprünglichen Vertragsverhältnissen, sondern aus Verhältnissen entsteht, welche die Vertragsrechte umgestaltend, eine Einrede erzeugten. Wer die Cap. I. II. besprochene exceptio non impl. contr. für eine Ableugnung einer zum Klaggrunde gehörigen Thatsache erklärt, kann, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, aus der bloßen Nichterfüllung von Seiten des Klägers nimmermehr die exceptio retentionis ableiten wollen.

Es gilt demnach als Regel, daß bei zweiseitigen Verträgen die Nichterfüllung von Seiten des Klägers an sich die Einrede der Retention nicht erzeugt, daß mithin derjenige Verklagte, dessen Zahlungspflicht nach §. 3. von einer Gegenleistung nicht **bedingt** ist, obschon der Gegner seine Pflichten noch unerfüllt ließ, dennoch mittelst der Einrede der Retention seine Leistungen nicht aufhalten darf. Dabei versteht es sich jedoch von selbst, daß einem solchen Verklagten in dem Falle einer Gefährlichkeit bei der Erfüllung seiner Pflichten gegen den nicht auch erfüllt habenden oder erfüllenden Kläger unbenommen bleibt, caeteris paribus seine Leistungen zu deponiren, überhaupt wegen der drohenden Schäden durch Arreste sich zu sichern, Befugnisse und Ver-

fügungen, die aber auf ganz andern Grundsätzen ruhen, als denen über das jus retentionis. Vergl. Schweppe l. l. Bd. III. §. 427. S. 129.

§. 18.

Widerlegung einer Meinung der Praxis.

Häufig hört man in dem Munde der Practiker die aus offenbar unrichtigen Theorien gesogene Behauptung, auch die Vorleistung z. B. die Bezahlung der Pfandschuld dürfe so lange retinirt werden, bis der Gläubiger seine Nachleistung, z. B. das Faustpfand, zur Rückgabe bereit gelegt habe, denn Zahlung und Pfandrückgabe müsse Zug um Zug gehen. Ich begreife nicht, wie diese Behauptung so einwurzeln konnte bei Verhältnissen, in denen die deutlichen Gesetze dem Nachleistenden, z. B. dem Pfandgläubiger, das Recht geben, die Nachleistung früher nicht herauszugeben, bis dem Gläubiger die Vorleistung, z. B. die Pfandschuld, völlig befriedigt worden sey. Jedenfalls würde es sich hier um ein eigentliches Retentionsrecht nicht handeln können, denn die Forderung qu. würde auf die Erfüllung einer Bedingung von Seiten des Pfandgläubigers, also auf die Bestreitung einer zum Klagrechte gehörigen Thatsache hinauslaufen. Sodann müßte ein Gesetz existiren, welches vorschriebe, die Vorleistung brauche früher nicht zu erfolgen, als bis ihr Schuldner den Gegenstand der Nachleistung zur alsbaldigen Apprehension vor die Augen gelegt erhalten habe. Ein solches Gesetz ist unerfindlich, und die Natur des Vertrages, welcher Vor- und Nachleistungen einander gegenüber stellte, ist der gegentheiligen Meinung entgegen. Wollen die Gegner etwa die l. 9. §. 5. D. de pignor. act. 13, 7. für sich anziehen, weil sie von einem offerre pecuniam redet, so verkennen sie, daß die Worte: „si offerat in judicio pecuniam" von dem Falle zu verstehen sind, wenn der mit der actio pignoratitia das Pfand fordernde Kläger den Verklagten in moram accipiendi pecuniam versetzt hat — vgl. Schweppe

l. l. §. 427. — ein Fall, welcher der Zahlung, d. i. der Erfüllung der Vorleistung, gleichsteht, und von der l. 9 §. 5. selbst gleichgestellt wird. Siehe oben §. 5. Die l. 9 §. 5. D. 13, 7. in dieser Weise verstanden, ist demnach vielmehr ein Beleg gegen die hier beurtheilte Meinung.

Nachschrift.

Als die vorstehende, bei Bearbeitung eines Prozeßfalles — der bei großherzogl. Landesregierung zu Weimar a 1830. anhängig gewesenen Oberappellationssache des Gutsbesitzers Joh. Nic. Grau zu Pillingsdorf gegen die Postmeisterin Schuhmann daselbst — entstandene Abhandlung zur Absendung an die verehrte Redaction dieser Blätter bereit lag, kam mir die Heerwartsche Vertheidigung der hier angefochtenen Lehre im 14ten Bde H. II. N. IX. S. 206 flg. dieses Archivs in die Hände. Da diese gegen Lang, über die Einrede des nicht erfüllten Contracts Regensburg 1829. gerichtete Vertheidigung das Wesentliche meines Widerspruches nicht trifft, so habe ich, um den wenigen einschlagenden Einzelheiten daraus zu begegnen, die vorstehende Aufstellung nicht verändern mögen, sondern nur Folgendes darüber nachträglich zu sagenfür dienlich gehalten.

a. Die Frage: ob die Erfüllung von Nebenverbindlichkeiten zum Grunde der Klage auf Erfüllung der Hauptpflicht gehöre, oder nicht? ob also in diesem Falle die exceptio non impleti contractus in der von mir geschilderten Bedeutung als Litiscontestation vorkomme, oder nicht? Diese Fragen entscheiden sich ohne Schwierigkeit aus den von mir oben §. 2. 3. u. 6. vorgetragenen Grundsätzen. Ich entwickelte, die Statthaftigkeit der exceptio non impleti contractus sey immer quaestio facti, nicht juris; liege es in der Thatsache des mutuus consensus begründet, daß von dem Kläger vorerst etwas geschehen müsse, ehe der Verklagte dem Vertrage nach zu leisten brauche, so könne auch der

Kläger früher nicht klagen, bis er seiner Vorleistung Genüge gethan habe; er müsse also auch, um sein Klagrecht zu begründen, im Libelle die Erfüllung der die Nachleistung des Verklagten bedingenden Vorleistung anführen und darthun. Es ist diesen Grundsätzen ganz consequent, daß hierbei nichts darauf ankommen kann, ob die Vorleistung in einer Haupt- oder Nebenverbindlichkeit des Klägers bestehe, oder nicht; wenn die Erfüllung der Nebenverbindlichkeit, der Thatsache des Vertrags nach, präjudiciell für die Pflicht des Verklagten ist, so gehört auch sie nothwendig zum Klaggrunde des die Nachleistung der Hauptpflicht des Verklagten einforderndeu Libelles; im entgegengesetzten Falle aber gehört sie ebenso nothwendig nicht dazu.

b. Da die Begründung meiner Theorie auf der römischrechtlichen Bedeutung des Wortes exceptio wesentlich nicht ruht, so kann ich es einer gewaffneteren Feder überlassen, die Heerwartsche Behauptung, unter exceptio sey in weiterer Bedeutung des Wortes die Litiscontestation nicht mit begriffen, zu widerlegen. Ich bekenne nur, daß die Heerwartsche Ausführung mich nicht angesprochen hat. Daß alles nur exceptio sey, was gesetzliche Bestimmungen und Analogien aus diesen dafür erklärten, widerstrebt einer rationellen Beurtheilung des Klagrechtes. Ein Klagrecht ist ein Resultat aus Prämissen; insofern nun der mutuus consensus eines Vertrages die und die Thatsache als eine Prämisse bezeichnet, aus welcher erst das Recht zur Klage folgen soll, so gehört begreiflich die Existenz dieser Thatsache zum Klaggrunde, weil der Vertrag sie dazu stempelte, so wie das Anführen des Verklagten, die Prämisse existire nicht, in alle Wege nur eine Verneinung der jenseitigen Behauptung der Existenz, also nur eine Einlassung, nicht eine Einrede bildet. Zu meinen, der Erwiederung des Verklagten, „der Kläger habe selbst das und das zu leisten", gebreche es an der für wahre Einreden verlangten Selbstständigkeit nicht, diese Erwiederung sey ja wesentlich verschieden von der

Litiscontestation: „du Kläger hast selbst nicht geleistet", heißt die gemeinte Selbstständigkeit der Einrede verkennen, und den negativen Satz der Einlassung in seinem Kleide des positiven Ausdruckes der ihm von den Sachverhältnissen angeborenen Individualität entkleiden wollen. Die Selbstständigkeit der Einrede besteht nicht in der Positivität der wörtlichen Aufstellung ihres Inhaltes, so wie auch das Wesen der Einlassung nicht beruht in der negativen Fassung ihres contradicirenden Spruches. Man kann den Inhalt von Einreden wie Einlassung negativ ausdrücken und sie bleiben dennoch nur Einreden; z. B. es bleibt immer nur exceptio solutionis, wenn der Verklagte die von ihm geschehene Zahlung in der Redeform vorträgt: „es ist unwahr, daß ich noch nicht bezahlt hätte." Eben so bleibt es aber auch immer nur Einlassung, wenn man den Klaggrund in positiver Redeweise ableugnet, z. B. wenn der Verklagte dem von der Nichtexistenz eines Umstandes abhängenden Klagrechte mit den Worten widerspricht: „der Umstand, welcher das Klagrecht ausschließt, existirt." Diese Redeweise enthält die Ableugnung des Klaggrundes, daß jener Umstand nicht existent geworden sey. Die Selbstständigkeit, welche die Einrede als solche bezeichnet, beruht darin, daß sie, man stelle nun ihren Inhalt in positiver oder negativer Redeweise auf, nicht sowohl die Wahrheit der dem Rechtsverhältnisse nach zum Klaggrunde gehörigen Thatsachen bestreitet, sondern selbsteigen Thatsachen vorträgt, welche, abgesehen von der Wahrheit oder Unwahrheit der den Klaggrund und bildenden Thatsachen, dem an sich bestehenden Klagrechte in den Weg treten. Die Erwiederung des Verklagten gegen den aus einem zweiseitigen Vertrage klagenden Kläger: „du hast selbst das und das zu leisten", kann nach meiner Theorie Einlassung und auch Einrede seyn, je nachdem die klägerische Leistung zum Grunde der Klage gehört, (dem Vertrage nach präjudiciell für die Pflicht des Verklagten ist) oder nicht,

und im letztern Falle die Leistung des Klägers zu einer statthaften Einrede sich qualificirte. Siehe oben §. 17.

Warum soll nur das Gesetz, was Klaggrund oder Einrede sey, bestimmen? Im Reiche der Verträge, dem Gebiete, wo alles, was, wenn und wie es seyn solle, von der Herrschaft des Willens der Paciscenten abhängt, bestimmt sich vor Allem der Klaggrund und mit ihm das Wesen der wahren Einreden nach der lex, welche durch den mutuus consensus erzeugt wurde.

c. Eine jegliche Vergleichung unserer exceptio implementi mit dem Retentionsrechte hält nicht Stich, weil das Retentionsrecht, als wahre Einrede ein an sich begründetes Klagrecht voraussetzend, exceptivisch erst geltend gemacht werden muß, ehe es berücksichtiget werden darf, es mag nun das dasselbe begründende Verhältniß — siehe Heerwart im Archiv Bd. 7. S. 342. 343. — in der Klage erwähnt seyn, oder nicht. Die actio pignoratitia auf Rückgabe des Pfandes ist nach der Zahlung der Pfandschuld an sich begründet, auch wenn die auf die Sache verwendeten Auslagen noch unbezahlt blieben. Die Bezahlung dieser Auslagen ist dem Pfandvertrage nach nicht Bedingung des Klagrechtes; das Contractsrecht zur Klage ist erschöpfend vorhanden, wenn die Pfandschuld getilgt wurde, weshalb nur ope exceptionis dem Klagrechte ausgebeugt werden kann, sobald etwa Auslagen jener Art noch unbefriedigt geblieben seyn sollten. Wesentlich verschieden hiervon aber ist der Fall zweiseitiger Verträge der Class. B. und theilweis auch Class. C. — cf. §. 2. 3. u. 7. oben — in welchen es dem mutuo consensu paciscentium zufolge Vorbedingung der Pflicht des Verklagten ist, auch seiner Seits zu leisten oder geleistet zu haben. Diese Pflicht zur Vorleistung ist dem Vertrage nach nothwendig, nicht erst per accidens zufällig, sondern *ex contractu* gleich ursprünglich entstanden; während die Pflicht zur Erstattung jener Auslagen *ex post* erwachsen, nur dem Zufalle, daß Auslagen nothwendig

waren oder wurden, ihre Entstehung schuldig ist, und in Bezug auf die Aushändigung des Faustpfandes weder eine Vor- noch Nachleistungspflicht, sondern überall eben nur eine Pflicht des Verpfänders bildet, die als Folge des an sich begründeten Hauptgeschäftes erscheint, und durch die gesetzlich gestattete Retentionseinrede hinsichtlich ihrer Befriedigung nur sicherer gestellt wurde. Meine Entgegnung ruht hier nicht auf einer petitio principii, da ich aus der Freiheit des Willens der Contrahenten ohne Widerspruch der Gesetze ableiten zu dürfen glaube, daß es zweiseitige Verträge giebt, und müsse geben können, bei denen die Leistung des Klägers die Vorbedingung der Leistungspflicht des Verklagten bildet.

d. Da ich nicht zugeben kann, daß bei allen zweiseitigen Verträgen die Leistung des einen Contrahenten immer von der Leistung des andern bedingt sey, so vermag ich auch der Behauptung des Lange l. l. S. 47, daß die vorgängige Leistung als eine gesetzliche Bedingung, conditio tacita, jedem aus zweiseitigen Verträgen entstehenden Klagrechte hinzutrete, nicht beizustimmen. Diese Bedingtheit ist nie quaestio juris, sondern quaestio facti, und nach denjenigen Unterscheidungen bei Bilateralverträgen vorhanden und nicht vorhanden, die ich oben §. 2. angegeben habe. Daß die Citate aus Gajus Com. III. §. 139. und §. 1. Inst. de obl. ex consensu nicht entgegenstehen, folgt aus dem, was ich oben gegen das Ende des §. 3. über den Unterschied zwischen Real- und Consensualverträgen gesagt habe. Allerdings ist der Kaufvertrag als klagbar vollständig vorhanden, sobald sich über Kaufobject und Kaufpreis geeinigt war; es gehört im mindesten nicht dazu, ut substantiam capiat obligatio, daß der Kaufpreis etwa vorerst bezahlt worden sey; der Vertrag war auf die Leistung, die er für klagbar erklärte, lediglich durch den mutuus consensus klagbar geworden; allein wer in aller Welt wird behaupten wollen, ein Consensualvertrag habe dann erst substantiam capirt, wenn derjenige

der Contrahenten (z. B. der Vermiether) geleistet (die vermiethete Sache dem Miether zum gemietheten Gebrauche überlassen) hat, welcher dem Vertrage, dem mutuo consensu, zufolge vorleisten mußte, ehe er die Gegenleistung (das Miethgeld) zu fordern berechtigt war.

In wiefern und warum ich der Deduction des Lang, daß die exceptio non impleti contractus nicht Einrede, sondern Einlassung sey, beistimme und wo ich derselben widerspreche, ergiebt sich ohne Schwierigkeit aus dem Bisherigen von selbst. Sollten auch die römischen Gesetze, welche für die Einrede unserer Betrachtung citirt werden, wirklich nur Einreden im Sinne des römischen Proceßverfahrens — nicht, wie ich darzuthun versuchte, auch Einreden nach unsern Proceßgrundsätzen — aufstellen (siehe Lang l. l. §. 7. in fin. §. 8. §. 11.); und sollten darum nach Langs l. l. S. 30 Meinung diese römischen Gesetze für die von Heerwart angeregte Frage nicht mehr von entscheidendem Gewichte seyn, so fehlt doch dann nur um so mehr der gesetzliche Beweis des Satzes, daß bei allen zweiseitigen Verträgen immer die Leistung des einen Contrahenten die des andern bedinge. Denn kann diese Bedingtheit nicht abgeleitet werden aus Gesetzen, welche von römischen Einreden nur zu verstehen seyn sollen, so kann sie es noch viel weniger aus den im §. 9. 13. 14. der Langschen Abhandlung, vergl. mit §. 4. ebendaselbst, aufgestellten Ansichten, da diese sicherlich von einer völlig unrichtigen Basis ausgehen. Ich zeigte oben §. 3. meiner Abhandlung schon, wie unrichtig der Satz sey: „bei zweiseitigen Verträgen solle die mora für den andern Theil erst durch die von dem einen Theile geschehene Leistung eintreten;" siehe hiergegen auch Heerwart Archiv für civ. Prax. 14. Bd. 2. H. S. 233., und dieser Satz ist es doch allein nur, welcher der Langschen Behauptung zur Grundlage dient, als unrichtig folglich der Langschen Demonstration völlig tödtlich wird.

Treten die oben §. 8. sq. beurtheilten römischen Gesetze, sey es nun nach der von mir oder von Lang gegebenen Erklärung derselben, den von mir Abschnitt I. Cap. I. entwickelten Sätzen nicht entgegen, so muß ich diese, von der gesetzlichen Freiheit des Willens der Paciscenten und den möglichen Modificationen des mutuus consensus bei Bilateralcontracten vertheidigten, Sätze als gesetzlich begründet ansehen; da dann nichts befiehlt, den Aeußerungen des contractlichen Willens bei Bilateralverträgen die Schranke jener jedesmaligen Bedingtheit zu setzen.

Wenn man glaubt, ich sey der Meinung, daß die bedingende Vorleistung eine wahre conditio sey, so mißversteht man mich. Verglich ich oben §. 3. die Vorleistung mit einer conditio potestativa, und bezeichnete ich sonst die Wirkung derselben dahin, daß sie das Recht zur Einfoderung der Nachleistung bedinge, so meinte ich nicht, die Vorleistung bilde eine wahre conditio; ich verglich vielmehr beide nur in einer Wirkung, in welcher sie sich einander gleichen, in ihrer Wirkung nämlich auf die Klagbarkeit der correspondirenden Pflicht des Gegners. Eine wahre conditio kann die Vorleistung nicht bilden, weil ihr Erscheinen ein nothwendiges, nicht ein ungewisses künftiges Ereigniß ist. Der unter einer conditio potestativa Berechtigte ist zur Erfüllung der conditio nur berechtigt, nicht auch verpflichtet; die bedingende Vorleistung aber ist eine einklagbare Pflicht. Sodann: muß auch die Vorleistung erst erfolgen, ehe die Nachleistung zu geschehen braucht, so erhebt sie dennoch nicht die letztere erst zur vollkommenen Pflicht, denn dieses ist die letztere schon zufolge des Contracts; sie vertagt nur das Recht zur Einklagung der Nachleistung. Bei einer wahren conditio existirt dagegen vor deren Eintritt die Contractspflicht des Gegners, etwas entschieden schon schuldig zu seyn, noch gar nicht. Das unter einer Bedingung gegebene Versprechen bildet zwar, als solches, schon eine gültige, in mancher Beziehung klagbare, auch Verpflichtungen auflegende vertrags-

mäßige Einigung (wodurch dasselbe von dem Realvertrage sich unterscheidet, siehe oben §. 3.); allein der Inhalt dieser Einigung spricht sich rücksichtlich der Hauptschuld dahin aus: „wenn dieses erfolgt, bin ich jenes erst pflichtig"; während bei einer die Nachleistung bedingenden Vorleistung zu sagen steht: „ich bin dir zwar jetzt schon das und das schuldig, aber diese Schuld früher zu zahlen nicht verbunden, ehe du mir nicht das und das vorgeleistet hast," ähnlich wie bei einer vorgängigen Aufkündigung, der interpellatio der Schuld, die auch keine wahre conditio ist, aber dennoch die Zahlungspflicht des Schuldners bedingt, und deren Vollzug unstreitig zum Klaggrunde gehört.

Nach Einsendung vorstehender Abhandlung kam mir erst die Dissertation des Jul. Volkmann de exceptione non adimpleti contractus. Lipsiae 1829. zur Hand, daher ich sie nicht berücksichtigen konnte. Volkmann weicht auch, in soweit ich gegen Heerwart stritt, sehr wesentlich nicht von Heerwart's Ideengang ab, so daß meine Entwickelungen von selbst Volkmann's Ansicht mit bekämpfen.

Zusatz zu Note 20. dieser Abhandl. Archiv rc. XVI. Bd. 1. Heft. S. 116.:

Ganz entschieden wird die Ansicht meines Textes bestätigt durch
l. 16 pr. D, de praescr. verb. 19, 5.
l. 6 D. de donat. 39, 5.
Schweppe a. a. O. §. 217. S. 23 princ.